

论商法的原则和特征

关 家 涛

长期以来,大陆、港台一些学者从不同角度就商法的特征进行了很具体的界定。例如台湾学者张国键、梁宇贤、刘清波认为,商法的特征有六个,即公法性、技术性、国际性、营利性、协调性与进步性^①;蔡荫恩把公法性、技术性、国际性、营利性与进步性做为商法的特征^②;除了公法性外,林咏荣的看法也与上述诸人相同^③;大陆学者王保树认为,商事法的特点有四个:一为营利性的特征,二为确认企业维持,三为确认交易顺利、可靠、安全,四是组织法与行为法相结合^④;李玉泉、何绍军认为商法除了具备张国键等提出的六个特征外,还具有同源性^⑤。刘凯湘认为,公私法兼具性、营利性、灵活性、技术性和国际性是现代商法的基本特征^⑥。细细揣摩,我们不难发现,上述各种看法大多将商法的原则与特征不加区分地混同起来。而其实,二者是有差异的。本文的目的就是力图通过对商法的原则和特征的分别论述,将二者区别开来。

一、商法的原则

基于民法与商法的差异,商法的原则反映了商事主体、商事活动与民事主体、民事活动的本质上的不同(较之于后文讨论的特征更深一层)。据此,本文认为,商法的原则包括维持商事主体的原则和营利的原则。

(一)维持商事主体的原则。商事主体是指依商事法规定参加商事活动,享有权利并承担义务的人,简言之,他是商事法上的权利义务归属者,即“商人”。商事主体因采用标准不同,可以有不同的分类。依商事主体是自然人还是组织体,可将众多的商事主体分为商自然人和商事组织。按照组织形态,商事组织又可分为商法人、商事合伙。

1. 商事组织的维持。所谓商事组织的维持,是指商事组织体的存续和发展,它是贯穿整个商法的基本精神。做为国民经济的基本单位,商事组织的存续和健康发展,是整个国民经济持续、稳定发展的基础。商事组织破产或解散,不仅是其自身的经济损失,而且损及劳动者、消费者,危害商事组织所在地区经济的发展,甚至可能对整个国民经济产生重大影响。基于此,商法致力于发挥商事组织集中人力、物力、财力的机能,在资本、劳力、危险防范三方面保证商事组织的维持,防止因组织的破产、解散造成不必要的损失。

(1) 资本集中。资本是商事组织存续和发展的基本条件。在公司法中,为了确保公司的真实存在,专就公司股东的出资缴纳、验资和公司的最低注册资本作出规定。公司法和证券法通过详细规定股份有限公司股份的发行、转让,使公司资本有效集中,吸收大众游资,帮助企业建立和发展,收“聚沙成塔”、“积腋成裘”之效。海商法中船舶共有、合伙企业法中的合伙人出资的规定也是保证资本集中的重要规范。

(2) 劳力结合。人是企业的重要构成因素,没有人的存在便没有商事组织的生存。公司法中关于经理的聘任和经理职权的规定、关于职工权益的规定也可说是商事组织维持的

重要内容。

(3) 危险分散及回避。商事组织,即企业,以营利为目的。但经营中难免有风险,企业规模越大,危险越大,仅由个人或少数人单独负担危险实是免为其难。所以在商法中,一面求资本集中使用,另一方面要分散企业危险,如股份有限公司的股份分散于多数人,海上保险及共同海损的分担等规定。为避免企业任意解散,公司法限定企业解散的原因,为企业保留存续和发展的余地。为避免企业破产,对不能清偿债务的企业规定了整顿制度。

2. 商自然人的维持。对于商自然人的维持,商法借助于民法上关于自然人行为能力的一般性规定。具有完全民事行为能力者,可以独立从事商事活动;无民事行为能力者从事商事活动,应由其法定代理人代理;限制民事行为能力者从事商事活动,或由其法定代理人代理,或征得法定代理人同意。如此规定,以保证商自然人的独立自主。依我国法律、行政法规的规定,自然人从事工商业经营,应依法核准登记。另外,我国正在草拟中的破产法草案中虽有商自然人破产的规定,但是出于对商自然人破产不利后果的考虑,反对这一规定的呼声非常强烈,这一规定能否最后为立法机关通过还是一个未知数^⑦。

(二) 营利的原则。作为商事主体,商事组织和商自然人的活动皆以营利为原则。营利的原则是商法对于商品经济市场价值规律的客观反映。没有商事主体对商业利润的追求,没有商法对这种利润追求的保护,就不会有商品经济的发展,也就不会有人类的物质文明进步。因此,营利性原则是商法的首要原则。“无疑,商法的营利性并不表现为指导人们如何营利,而在于以法律制度构造自身营利的统一有机体。或者,以法律制度规范以营利为动机的商事行为。”^⑧商法作为关于营利性主体从事营利性经营行为的基本法律,其内容或是与营利性主体的组织与活动有关,或是与主体从事的各种营利性营业行为有关。在商法的营利性原则之下,又有下述原则与之相联系,以确保营利性宗旨的实现。

1. 技术性原则。现代商事交易更多地融进了先进的科学技术,商事交易的这一特点使得商法的内容也极具技术性。它不仅要求人们具有诚实信用的道德观念和商业信誉,也要求人们具有更为精确、缜密的经济、技术知识和思维。例如我国公司法中关于有限责任公司和股份有限公司法定注册资本、出资种类及其作价评估,股东大会与董事会的议事方式与表决程序,股份有限公司的发起设立与募集设立,招股说明书的制作,股份的发行与转让,上市公司的条件,公司财务制度等的规定,均为与现代公司的设立、运作等密切相关的技术性规范。

2. 简捷性原则。伴随着商品经济的发展,商事交易从即时转向远期,从现货转向期货,从实物转向权利,从国内转向国际,这就要求商法适应商事交易的要求,特设一些规定,以保证商事交易的简便与迅捷。

为保证商事交易的简便,商法确保商事主体的契约自由及方式自由。契约自由意味着与谁订立商事合同、商事合同的内容如何概由当事人决定。方式自由即商法允许交易当事人决定合同的形式,而无需履行种种繁琐的程序。社会出于对交易安全的考虑虽然规定某些合同应具备法定形式,但只要双方同意,对合同的订立及合同的内容没有异议的,仍可不拘泥于合同的形式。

为实现交易的迅捷,商法中采用短期时效与交易定型化制度。短期时效制度是指商事行为中的有关消灭时效采用较短时间。因商事交易贵在迅捷,从速确定行为效果才能使交

易人及时了结交易,实现营利并进行下一次交易。交易定型化制度,包括交易型态定型化与交易客体定型化两方面的内容。在交易型态方面,商法对某些合同采取标准化、格式化方式。例如,铁路、水路或海上货物运输合同、证券期货交易合同,均为商法规定的标准合同或事先确定的格式合同。有关价格、规格、品种、履行地、履行方式、履行时间等,合同均作了详尽的规定,当事人订约时不必过多协商。在交易的客体方面,倘若交易的客体为物品,商法将其商品化,要求使用统一规格、统一计量单位,并标明生产地名、厂家、商标,使人们对该物品容易识别,以便大量交易、迅速成交。倘若交易的客体是无形的权利,商法将其证券化,使权利文化为一定形式的各种证券与票据,使权利的流通简便而安全。例如票据法上的汇票、本票、支票等各种票据,公司法上的股票及债券,保险法上的保险单,海商法上的提单、仓单等各种载货证券等。

3. 安全性原则。简易迅捷固然是现代商事交易的特性与要求,但与此同时,交易的安全性也令人关注。商事交易的利己主义、简便快捷会带来诸多的不安全因素,如失信行为、欺诈行为、错误表示和重大误解。另一方面,商事交易本身就具危险性,追逐的利润越高,危险越大。现代化社会化的生产也需要一个安全的交易环境,为此,商法特设强制主义、公示主义、外观主义及严格责任主义,以保护交易的安全。

(1) 强制主义。即商法对商事关系加以强行规制,任何交易当事人均不得随意变更。就商事行为的形式而言,法律以要式行为的规则予以限制。在商事行为的内容方面,法律也加以干涉,例如公司法中公司章程法定必要记载事项的规定,票据法中票据的记载,保险法中的保险合同也都有绝对必要记载事项的规定。

(2) 公示主义。指商法规定商事主体的一定营业行为必须公告周知,使利害关系人能够及时、准确了解有关事实,使交易安全进行。例如,票据法中规定,票据债务人必须签名(或盖章)于票上,只有在票上签章的人才承担票据责任。票据义务的内容必须反映于票上,票据债务人仅对票上所载文义负责。

(3) 外观主义。指认定行为发生的效果以行为当事人的外观为准。德国学者称之为外观法理,日本学者称外观主义,英美法称为禁反言。外观主义与民法中的表示主义相同,即当交易当事人主张其真实意思与表示意思不一致时,以表示意思为准。外观主义从交易安全考虑,推定表示意思即为真实的意思,有利于保护交易对方当事人,也促使当事人谨慎行事。如票据法规定,票据上其他记载事项被变造的,在变造之前签章的人对原记载事项负责,在变造之后签章的人对变造之后的记载事项负责。

(4) 严格责任主义。所谓严格责任主义,不同于侵权行为归责原则中的严格责任。而是指商法中对交易当事人,尤其是处于优势地位的一方当事人的义务和责任严格要求,从重规定。例如,公司法规定,股份有限公司的发起人对公司不能成立时产生的债务和费用承担连带责任,对认股人已交纳的股款负返还本息的连带责任。

4. 公平性原则。以最小的投入获取最大的利润是每个商事主体的愿望。求利的行为导致竞争,对于自发的自由的竞争如不加以规范,就容易出现尔虞我诈、巧取豪夺等不公平的现象。商法因此规定了平等、诚信、情事变更、危险分担、和解救济等原则和制度,以防止和消除不公平不正当的行为给交易各方带来的不合理损害,求得公平交易的实现。例如在证券发行与交易的过程中,禁止和制裁内幕交易、操纵市场、欺诈客户、虚假陈述等行为。破产法规定,人民法院受理破产案件前6个月至破产宣告之日的期间内,破产企

业的隐匿、私分或者无偿转让财产等侵害债权人利益的行为无效。商法的公平性还突出表现在情事变更原则中，情事变更指的是为商事关系存在前提的情事，因不可归责于当事人的事由发生变更，致使原来的商事法律关系显失公平，因此应当变更商事法律关系以求得当事双方利益的均衡。

5. 交易确定原则。交易的迅捷、经济的快速运转必然要求交易双方权利义务确定，要避免不确定以保证交易的顺利进行。在交易相对人的意思表示方面，采用告知或通知义务主义。即交易当事人一方，对于相对方应被告知或通知的事项，有尽告知或通知的义务。这种义务，是日常交易上所必需履行的，是保障交易正常进行和实现的内部条件。交易双方在进行意思表示时，还应诚实、不欺诈，如投保人在保险合同中投保危险未如实申报或未申报，在保险设立后于保险危险发生变化时未予通知，或者保险金额超过保险标的而未告知承保人的，承保人有权解除保险合同或依法主张免责。

二、商法的特征

商法的特征是从法律规范的表现形式上使商法与其它部门法相区别，它决定于上文讨论的原则。基于这种认识，可将商法的特征归为四个，即公法性、国际性、协调性（或称二元性）与进步性。

（一）公法性。商法的私法性勿庸置疑。商法的主旨在于调节和保护商事主体的财产利益，因此偏重于商事主体间的权利义务对应关系，强调商事主体的意思自治。为尊重交易主体的自由意志，使其努力发挥积极性和创造性，鼓励自由竞争，国家一般不对商事主体及商事活动加以干预。十九世纪末二十世纪初，西方经济由自由竞争的市场经济进入垄断资本主义经济，为遏制极端个人主义、利己主义给消费者、社会带来的危害，为消除生产和竞争的无政府状态，为了通过分配的公平合理来调节社会各阶层的利益关系，国家权力进入了社会经济领域，带来了“法律社会化”和“私法公法化”倾向。尤其在商法领域实行了大规模的公法干预，把传统商法输入刑法、行政法等与经济活动有关的公法规范。例如商业登记制度、商业帐簿制度、公司法中的公司组织形态、公司章程的法定记载事项、公司股份转让与公司合并的条件与程序、海商法中的船舶登记、船舶赔偿责任限制、船舶优先权、破产法中的和解整顿、债权人会议、破产财产范围、债务清偿顺序等都属于公法性质的规定。“现在各国之商事法，虽以私法规定为其中心，但为保障其私法规定之实现，颇多属于公法性质的条款，几与行政法、刑法等有不可分离之关系，却已形成‘商事法之公法化’”^①但原属私法性质的商法虽越来越多地带有公法的色彩，究其本质，仍属私法范畴，受私法原则所支配。私法中的公法条款处于为私法服务的地位，不能从根本上改变商法的私法属性。

（二）国际性。商法从其产生之初便具有了国际性，这一点从其最初的中世纪商人基尔特的自治法中可看出，尽管当时国际化的区域仅限于欧陆各国。商人无国界，特别是中世纪地中海沿岸的海上贸易，一开始就具有了沟通各国的世界性特点。到了中世纪末期，随着各民族国家的出现，各国把中世纪的商法纳入国内法。及至现代，市场不以国界为限，形成了国际范围的世界市场，现代市场经济不可能局限于一国范围内，必须冲破国家和地区界限。世界市场的形成和国际经济一体化的发展，为现代商法的国际化发展创造了条件。商法的国际化一方面表现为越来越多的国际商事条约的制定及商事惯例的编纂，另一方面是在公司法、破产法、商业登记法等国内商法上，各国的立法越来越接近，差异

越来越小。例如公司法中关于公司的组织形态、内部机构、股份的发行与转让、上市公司等规定各国大同小异。一些学者认为,商法沿着国际法——国内法——国际法的方向发展。英国学者施米托夫和南斯拉夫学者哥尔德斯坦提出了“现代商人法”的概念,引起国际法学界的广泛讨论^⑩。

(三)协调性。商法是关于商事关系的法律,商事关系是商事主体在实施商事行为时彼此所发生的关系。商事主体与商事行为都成为商法规范的对象,因此商法既有组织法的规定,又有行为法的规定。组织法与行为法的规范方式不同,商事组织是商事交易的基础,其营业组织是否健全,直接或间接与第三人有关,并影响社会公众利益,因此多实行严格主义或强制主义,其规定原则上属于强行法规范,如关于商业登记、公司登记、股份有限公司、有限责任公司设立条件等的规定。商事行为本身力求简捷快速。商业活动是特定人相互之间所为法律行为,利害关系仅及于当事人,应由当事人自治自决,因此行为法主要实行自由主义,其规定原则上属于任意性规范。如各种商事契约的订立,其条款多由当事人协商制定。商法协调组织法与行为法,自由主义与强制主义,所以德国学者德恩说:“商事法是一切法律中之最属方式自由的,而同时又是最为方式严格的法律。”

(四)进步性。又称动态性。民法与商法虽同是调整商品经济关系的法律规范,但民法具有固定性与继续性,往往沿袭继用,很少修改,而商法则不同,随着经济技术的发展,商事活动日益现代化、复杂化,商事法需要随着经济的发展而发展,才能适应商事活动的变化。这就是商法的进步性,首先表现为各国商法典的频繁修改,如日本商法典自第一次世界大战之后,已进行了三十多次修改,其中,有的年份不只修改一次。其次表现为各国商事单行法的大量制定。原来制定商法典的国家,颁布大量商事单行法对商法典加以补充,或将商法典中的原则性规定抽出来经修正充实变为单行法。如法国通过1867年公司法、1925年有限责任公司法、1966年公司法,废除了商法典第三章关于公司的规定。

参 考 文 献

1. 张国键:《商事法论》,台湾三民书局1993年修订初版,20~25页;梁宇贤:《商事法要论》,台湾三民书局1981年初版,第3~4页;刘清波:《商事法》,台湾商务印书馆1986年初版,第2~4页。
2. 蔡荫恩著,梁宇贤修订:《商事法概要》,(第2—3页),台湾三民书局1980年初版。
3. 林咏荣:《商事法新注》,台湾王南图书出版公司1989年再版,第21—26页。
4. 王保树:《商事法的理念与理念上的商事法》,载《商事法论集》第一卷,15—20页,15页,34页。
5. 李玉泉、何绍军:《中国商事法》,武汉大学出版社1995年版,第12—13页。
6. 刘凯湘:《论商法的性质、依据与特征》,《现代法学》1997年第5期。
7. 参见江平、江帆:《论商自然人的破产能力》,《现代法学》1997年第4期。
8. 前引王保树文,第15页。
9. 11. 前引张国键书,第20页,第24页。
10. 参见黄进、胡永庆:《现代商人讨论——历史和趋势》,《比较法研究》1997年第2期。

(作者单位:厦门大学法律系97研究生)